

‘Smart instrument mixes’ voor de aanpak van legale maar gezondheid bedreigende producten en diensten: een rechtseconomische benadering

Michael Faure, Louis Visscher en Franziska Weber

1. Inleiding

In toenemende mate rijzen vragen over welke instrumenten gebruikt kunnen worden in geval producten en/of diensten die niet rechtens verboden zijn, desondanks wel potentieel gevaarscheppend kunnen zijn of daadwerkelijk schade veroorzaken. Doel van onze bijdrage is deze vragen vanuit rechtseconomisch perspectief te bespreken.

Het startpunt van de economische benadering van veiligheidsregulering is normaliter Steven Shavell's baanbrekende artikel uit 1984, waarin hij de vraag bespreekt of risico's via *ex ante* veiligheidsregulering moeten worden aangepakt, of via *ex post* aansprakelijkheid.¹ Zijn theorie kan ook een uitgangspunt vormen voor het bepalen van de relatieve wenselijkheid van regulering of aansprakelijkheidsrecht in de context van legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten. Binnen het aansprakelijkheidsrecht rijst vooral de vraag of een schuld- dan wel een risicoaansprakelijkheid het meest aangewezen lijkt om deze problematiek te regelen.

Het criterium om te bepalen of een interventie door het recht in de markt (of wel via veiligheidsregulering, dan wel via het aansprakelijkheidsrecht) aangewezen is voor legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten is of de maatschappelijke kosten van het gebruik van die producten en diensten hoger zijn dan de maatschappelijke baten. Ook als een bepaalde activiteit maatschappelijke kosten meebrengt (zoals een gezondheidsrisico), kan deze activiteit vanuit maatschappelijk perspectief nog steeds wenselijk zijn wanneer de totale baten daarvan hoger zijn dan de totale maatschappelijke kosten die de activiteit meebrengt. Een bepaalde groep personen kan deze producten of diensten nog steeds wensen te gebruiken ondanks het daaraan verbonden gezondheidsrisico omdat het hun nut verhoogt. Dat brengt mee dat het vanuit maatschappelijk perspectief niet aangewezen is om het gebruik van dergelijke producten of diensten in het algemeen te verbieden.

Een belangrijk aspect is dat vanuit rechtseconomisch perspectief de basis voor een tussenkomst van het rechtssysteem gelegen dient te zijn in het algemeen belang (*public interest*). Dat wordt vanuit rechtseconomisch perspectief dan weer afgeleid uit de maatschappelijke kosten en baten die de welbepaalde activiteit meebrengt. Het gaat daarbij niet alleen om negatieve externe effecten die de activiteit bijvoorbeeld voor derden zoals passieve rokers meebrengt, maar ook om informatiekosten, transactiekosten van regulering etc.

¹ S. Shavell, 'Liability for Harm versus Regulation of Safety', *Journal of Legal Studies* (13) 1984, p. 357-374.

De theorie van de publieke besluitvorming (ook *public choice* genoemd) heeft laten zien dat regulering in veel gevallen niet op *public interest* overwegingen is gebaseerd, maar daarentegen op *private interests*. Het niet (voldoende) reguleren van bepaalde sectoren zoals de tabaksindustrie, de auto-industrie of andere gevaarlijke activiteiten kan bijvoorbeeld het resultaat zijn van een succesvolle lobby door belangengroepen.

Een interessant aspect waar ook niet aan voorbij kan worden gegaan betreft de rechtseconomische literatuur over rechtmatige overheidsdaad. Deze is niet alleen van belang aangezien de vraag naar overheidsaansprakelijkheid zou kunnen rijzen wanneer legale (en dus door de overheid toegelaten) producten of diensten toch gezondheidsschade zouden veroorzaken. Het model van de aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad is ook interessant omdat daar sprake van aansprakelijkheid kan zijn, ook al is er rechtmatig gehandeld. Maar uiteraard is de geadresseerde van een aansprakelijkheidsvordering bij overheidsaansprakelijkheid anders dan bij een vordering tegen degene die een gezondheidsbedreigende product of dienst heeft voortgebracht of verricht.

Een aspect dat sterk met de aansprakelijkheidsvraag verbonden is, is uiteraard de verzekeringsvraag. Uiteindelijk gaat het dan om de vraag wie van beide partijen (potentiële laedens of potentiële gelaedeerde) het best geacht zou kunnen worden het risico te dragen en dus eventueel te verzekeren. Aansprakelijkheid en verzekering zijn immers beide mechanismen van risicospreiding, waarbij de vraag wie de risico's het beste/goedkoopste kan spreiden, relevant is. Dat kan mogelijk ook een interessante indicatie bieden voor de vraag hoe bij schade ten gevolge van legale gezondheidsschadelijke producten of diensten een optimale risicoverdeling tot stand kan worden gebracht.

In deze bijdrage nemen wij de criteria voor veiligheidsregulering zoals die ontwikkeld zijn door Shavell als uitgangspunt en gaan daarbij onderzoeken in welke mate veiligheidsregulering en aansprakelijkheidsrecht als alternatieve of complementaire interventies in de markt voor gezondheidsbedreigende producten en diensten kunnen worden gezien. Het belangrijkste punt van onze bijdrage is dat de verschillende instrumenten voor- en nadelen hebben die afhangen van de context en omstandigheden. Dit kan een reden vormen om gebruik te maken van een combinatie van instrumenten, een zogeheten *smart mix*. Onze bijdrage analyseert in hoeverre een mix een optimale bescherming kan bieden tegen producten en diensten die de gezondheid bedreigen.

Na deze inleiding wordt eerst de *public interest* benadering aangaande de keuze tussen regulering en aansprakelijkheid geschetst (2); daarna wordt aandacht besteed aan de *private interest* benadering (3) en wordt ingegaan op de mogelijke rol van het aansprakelijkheidsrecht bij gezondheidsschade veroorzaakt door legale producten en diensten en mogelijkheden van een combinatie van verschillende instrumenten worden onderzocht (4). De problematiek wordt ook bekeken vanuit het verzekeringsaspect (5). Sectie 6 sluit de bijdrage af.

2. De *public interest* benadering

2.1 *Kosten-baten afweging*

Veel activiteiten veroorzaken kosten of baten voor derden, die niet door degene die de activiteit uitoefent, worden gedragen of genoten. Dit betreft het economische probleem van *negatieve* resp. *positieve externe effecten*. Schade veroorzaakt door legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten is een voorbeeld van negatieve externe effecten. Een activiteit is volgens rechtseconomen alleen maatschappelijk wenselijk als de totale maatschappelijke baten van die activiteit groter zijn dan de totale maatschappelijke kosten. Immers, alleen dan verhoogt de activiteit de maatschappelijke welvaart.

Producten of diensten die schade veroorzaken, kunnen daarnaast ook (al dan niet grotere) maatschappelijke voordelen hebben. Denk bijvoorbeeld aan de productie van geneesmiddelen, waarbij de eventuele bijwerkingen de consument zelf kunnen raken, maar potentieel ook andere betrokkenen. Die bijwerkingen kunnen als maatschappelijk nadeel worden gezien, maar de geneeskrachtige werking juist als maatschappelijk voordeel. Wanneer de maatschappelijke baten van een activiteit groter zijn dan de maatschappelijke kosten, is het economisch gezien onwenselijk om de activiteit te verbieden. Wel moeten er prikkels worden gegeven om de activiteit niet te veel maar ook niet te weinig uit te oefenen (het ‘activiteitenniveau’) en om voldoende voorzorg te nemen (het ‘zorgniveau’).

Als de maatschappelijke kosten de maatschappelijke baten echter overstijgen, dan is de activiteit maatschappelijk gezien onwenselijk en moet deze aan banden worden gelegd. Aangezien er verschil zit tussen de private kosten en baten van de actor enerzijds en de maatschappelijke kosten en baten anderzijds (dit zijn dus de reeds genoemde externe effecten), kan de actor een zorg- en activiteitenniveau kiezen dat maatschappelijk gezien suboptimaal is. De rol van het recht bestaat er in om de externe effecten te internaliseren, zodat de private kosten en baten beter overeenstemmen met de maatschappelijke. Dit kan resulteren in een beter activiteitenniveau en een beter zorgniveau.

Deze rechtseconomische overwegingen leiden reeds tot een eerste vaststelling: het enkele feit dat producten of diensten (gezondheid)schade veroorzaken is op zich nog geen (economisch) argument om die activiteiten reeds te beteugelen. Wel moeten actoren geprikkeld worden het maatschappelijke wenselijke zorg- en activiteitenniveau te hanteren. Er moet dus, gebruikmakend van een kosten/baten-analyse, bepaald worden wat het optimale activiteits- en zorgniveau is.

2.2 *Regulering of aansprakelijkheidsrecht?*

De volgende vraag is dan via welke instrumenten of rechtsregels aan actoren prikkels kan worden gegeven om deze optimale activiteits- en zorgniveaus na te leven. Een manier om dergelijke prikkels aan actoren te bezorgen zou het gebruik kunnen zijn van het publiekrecht en meer bepaald publieke regulering. Dat zou er dan *de facto* op neerkomen dat de overheid *ex*

ante een bepaald zorgniveau vaststelt,² dat dan vervolgens door de actoren moet worden nageleefd. Bij niet-naleving kunnen bestuurlijke of strafrechtelijke sancties zoals geldboetes of zelfs een gevangenisstraf worden opgelegd. Verder bestaat de mogelijkheid om gebruik te maken van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Via een *ex post* aansprakelijkheidsstelling kan een *ex ante* preventieve werking worden gegenereerd waardoor een potentiële laedens (in deze casus doorgaans de producent) prikkels zal krijgen tot het aanwenden van optimale activiteits- en zorgniveaus.³

Een interessante vraag is uiteraard of nu juist bij gezondheidsbedreigende producten en diensten een optimaal zorgniveau primair via het aansprakelijkheidsrecht, dan wel via *ex ante* veiligheidsregulering zou moeten worden afgedwongen. Die vraag is uitgebreid bestudeerd in een inmiddels beroemd artikel van Shavell.⁴ In dat artikel ontwikkelt Shavell vier criteria aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een bepaalde activiteit beter via het aansprakelijkheidsrecht dan wel via veiligheidsregulering kan worden gecontroleerd. Een eerste criterium is de beschikbaarheid van informatie. In sommige gevallen kan de informatie om het optimale zorgniveau vast te stellen beter beschikbaar zijn bij de overheid dan bij bepaalde partijen. De overheid heeft het voordeel dat zij van schaalvoordelen gebruik kan maken. De overheid zou een breed onderzoek kunnen laten uitvoeren waarin het optimale zorgniveau wordt vastgesteld, dat dan vervolgens via regulering aan de markt wordt gecommuniceerd. Dat vermijdt dat elke actor een dergelijk onderzoek individueel zelf zou moeten uitvoeren. Actoren kunnen ook te weinig prikkels hebben om zelf dergelijk onderzoek uit te voeren wanneer de resultaten daarvan door concurrenten zouden kunnen worden gekopieerd. Dit is het bekende vrijbuitersprobleem (*'free riders'*) waardoor te geringe prikkels tot innovatie zouden bestaan.

Een tweede probleem is dat het aansprakelijkheidsrecht alleen prikkels tot het betrachten van optimale zorg biedt wanneer het insolventierisico op voldoende wijze kan worden gecontroleerd. Vanaf het ogenblik dat de verwachte schade hoger is dan het individuele vermogen van een schadeveroorzaker, verliest het aansprakelijkheidsrecht ten dele zijn preventieve werking. De schadeveroorzaker zal het ongeval dan immers alleen beschouwen als een ongeval met een maximale omvang gelijk aan zijn beschikbare vermogen. Meer dan dat vermogen kan de potentiële veroorzaker bij een ongeval immers niet verliezen. Te geringe zorgprijkkels kunnen het gevolg zijn. Het voordeel van veiligheidsregulering in dat verband is dat de overheid een plicht op de actor kan leggen om bepaalde zorgstandaards na te leven, die ook met publieke sancties kunnen worden gehandhaafd.

Een derde criterium betreft de vraag in welke mate het realistisch is dat potentieel aansprakelijke actoren daadwerkelijk met een aansprakelijkheidsvordering worden geconfronteerd. Vooral wanneer de schade verspreid is over een groot aantal slachtoffers (soms

² Doorgaans wordt via regulering wel een zorgniveau vastgesteld, maar de overheid weerhoudt zich er meestal van om ook een optimaal activiteitsniveau vast te stellen.

³ Overigens zal hieronder (in paragraaf 4.3) nog worden uiteengezet dat, vooral wanneer zowel de potentiële laedens als het slachtoffer het ongevalsrisico beïnvloeden het relatief moeilijk is om aan alle betrokken actoren zowel prikkels voor het betrachten van optimale zorg als voor het naleven van een optimaal activiteitsniveau te bieden.

⁴ Shavell 1984.

wordt dit als strooischade gekwalificeerd)⁵ zal de schade voor elke individueel slachtoffer gering zijn, waardoor slachtoffers onvoldoende prikkels hebben om een rechtszaak te beginnen. De totale maatschappelijke schade kan daarentegen groot zijn. Ook problemen met het bewijzen van een oorzakelijk verband en een lang tijdverlies bij zogenaamde sluipende schade⁶ kunnen meebrengen dat hoewel formeel de voorwaarden voor de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht vervuld zijn, een vordering toch niet wordt ingesteld.⁷ Het gevolg daarvan is dat door al deze redenen aansprakelijkheidsvorderingen soms uitblijven, waardoor het aansprakelijkheidsrecht zijn preventieve werking ook mist.

Een laatste criterium dat Shavell hanteert betreft de administratieve kosten. Op dat vlak wint het aansprakelijkheidsrecht. Het voordeel van het aansprakelijkheidsrecht is dat er slechts kosten zijn wanneer daadwerkelijk een aansprakelijkheidsvordering wordt uitgebracht. Maar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht bestaat steeds, ook zonder dat daadwerkelijk gedagvaard dient te worden. Daarenboven worden, zeker wanneer de feiten helder zijn, zaken ook vaak geschikt, hetgeen de kosten ook vermindert. Veiligheidsregulering leidt daarentegen altijd tot hoge kosten. Niet alleen is het zeer duur om voor allerlei mogelijke situaties optimale zorgstandaarden vast te stellen; deze dienen vervolgens ook te worden gehandhaafd via inspecties door bijzondere opsporingsambtenaren en vervolgens ook door boeteoplegging of toepassing van andere sancties. Regulering kan dus potentieel tot hoge kosten leiden.⁸

2.3 Bij gezondheidsbedreigende producten en diensten

Wanneer deze criteria op gezondheidsbedreigende producten en diensten worden toegepast, zijn er heel wat redenen voor een ex ante aanpak via veiligheidsregulering door de overheid. In de eerste plaats kan het vaststellen van een optimaal zorgniveau voor producenten ingewikkeld zijn, zodat ze bij toepassing van risicoaansprakelijkheid verkeerde keuzes zouden kunnen maken. Daarbij mag men niet uit het oog verliezen dat gezondheidsschade niet alleen door grote kapitaalkrachtige bedrijven met imposante onderzoeksafdelingen kan worden veroorzaakt. Ook het midden- en kleinbedrijf kan producten en diensten op de markt brengen die potentieel gezondheidsbedreigend kunnen zijn. Bovendien is het bij de toepassing van schuldaansprakelijkheid niet de producent, maar de rechter die het optimale zorgniveau zal moeten bepalen.⁹ Rechters hebben in de praktijk vaak nog minder informatie dan producenten en zijn ook niet geschoold om te bepalen wat het optimale zorgniveau bij een gezondheidsbedreigende activiteit is. Juist omdat de overheid van schaalvoordelen gebruik kan maken, kan zij bijvoorbeeld via grote onderzoeksafdelingen het te betrachten zorgniveau bij

⁵ Zie I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005 en I.N. Tzankova, 'Hoe globaliseringsproof is het Nederlandse collectieve actierecht?', in *Collectieve Acties, Preadviezen 2015*, uitgebracht voor de vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Paris, p. 65-94.

⁶ Zie daarover Spier, J., *Sluipende schade*, Deventer: Kluwer 1990.

⁷ Zie in dat verband ook W.M. Landes en R.A. Posner, 'The private enforcement of law', *Journal of Legal Studies* (4) 1975, p. 1-33.

⁸ Zie Shavell 1984 p. en D. Wittman, 'Prior regulation versus post liability: the choice between input and output monitoring', *Journal of Legal Studies* (6) 1977, p. 207.

⁹ Zie daarover verder 4.3.

gezondheidsbedreigende activiteiten collectief laten vaststellen en vervolgens via regulering meedelen aan de markt. Juist omdat het achterhalen van het optimale zorgniveau voor producten en rechters complex kan zijn, kan het informatievoordeel bij de overheid liggen.

Ook het insolventierisico is bij gezondheidsbedreigende producten en diensten zeer reëel. Er werd reeds opgemerkt dat ook het midden- en kleinbedrijf gezondheidsbedreigende activiteiten kan uitvoeren. De schade die zij veroorzaken kan vaak een veelvoud zijn van hun eigen vermogen. Maar ook bij grotere ondernemingen mag niet uit het oog worden verloren dat zij doorgaans georganiseerd zijn als rechtspersoon, met als voordeel (althans vanuit het perspectief van de onderneming) dat zij van de beperkte aansprakelijkheid kunnen genieten. Maar het probleem daarbij is dat bedrijven de beperkte aansprakelijkheid van de rechtspersoon ook kunnen gebruiken precies om gezondheidsbedreigende activiteiten uit te voeren zonder de eventuele schade (volledig) te hoeven dragen. In sommige gevallen worden risicovolle activiteiten bewust in een separate rechtspersoon ondergebracht waardoor het insolventierisico *de facto* wordt gecreëerd. Dit toont duidelijk de limieten van de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht bij een insolventierisico.

Voorts kan de kans dat bij gezondheidsbedreigende activiteiten daadwerkelijk een aansprakelijkheidsvordering wordt ingesteld, klein zijn. Anders dan bij gewone consumentenklachten (waar de schade per consument gering is en er dus te weinig prikkels zijn om een vordering uit te brengen) zou kunnen worden betoogd dat zodra sprake is van reële gezondheidsschade het slachtoffer op zich wel voldoende prikkels heeft om een aansprakelijkheidsvordering uit te brengen. Maar dan bestaat nog steeds het probleem dat gezondheidsschade zich in vele gevallen pas vele jaren later manifesteert nadat de schadelijke dienst of het schadelijk product werd gebruikt. In sommige gevallen zal het onmogelijk zijn om de producent nog te vinden of daarop verhaal uit te oefenen; in andere gevallen zal het onmogelijk blijken om een oorzakelijk verband met de activiteit van een welbepaalde actor aan te tonen. Juist vanwege het sluipende karakter van gezondheidsschade en vanwege de causaliteitsproblemen is het risico dat van een aansprakelijkheidsvordering geen preventieve werking uitgaat zeer reëel.

Het enige argument dat hier tegenover staat is dat *ex ante* veiligheidsregulering relatief meer kost dan een aansprakelijkheidsvordering. Maar gelet op het feit dat de eerste drie criteria duidelijk overhellen in het voordeel van veiligheidsregulering lijkt het toch van belang om te benadrukken dat gezondheidsbedreigende activiteiten in beginsel in de eerste plaats aan *ex ante* veiligheidsregulering door de overheid zouden moeten worden onderworpen. We schrijven 'in de eerste plaats' omdat de voorkeur voor publieke veiligheidsregulering niet betekent dat er in het geheel geen plaats meer voor het aansprakelijkheidsrecht zal zijn. Dat roept uiteraard de vraag op in welke mate dan een combinatie van aansprakelijkheidsrecht en regulering mogelijk is.¹⁰

Een van de redenen waarom het aansprakelijkheidsrecht toch een belangrijke aanvullende werking kan hebben naast overheidsregulering is dat we er tot nu toe vanuit gingen dat de overheid op basis van de criteria van Shavell publieke veiligheidsregulering alleen in het leven zou roepen om het algemeen belang te dienen. Door andere rechtseconomen is echter benadrukt

¹⁰ Daarop wordt verder ingegaan in 4.4.

dat veiligheidsregulering niet alleen in het algemeen belang tot stand komt en ook in de praktijk blijkt regulering niet altijd het algemeen belang te dienen.

3. De *private interest* benadering

Tot nu toe hebben we aangenomen dat de publieke regelgeving, zoals de naam al doet vermoeden, echt in het publieke belang wordt gemaakt. *Public choice theory* heeft echter laten zien dat ambtenaren, net zoals iedereen, kosten en baten afwegen als ze een beslissing nemen en op prikkels reageren. Hun beslissingen kunnen afhankelijk zijn van het gedrag van bepaalde belangengroepen die hun belangen kunnen ‘capturen’. *Capture* betekent dat een ambtenaar dan niet meer in het publieke belang handelt, maar de belangen van een lobbygroep dient. Dit kan bijvoorbeeld een industrietak zijn die een belangrijke werkgever in de regio vertegenwoordigt. De tabaks- en autoindustrie lijken goede voorbeelden te zijn van dit soort situaties. Succesvol lobbyen door belangengroepen kan bijvoorbeeld voorkomen dat regelgevers het nodige onderzoek naar de stand van de techniek uitvoeren, de nodige controles uitvoeren of strenge regels uitvaardigen.

Als zodanig, rekening houdend met de voorspellingen van de public choice theory over het waarschijnlijke succes van belangengroepen, is er een grote kans deze invloed proberen te krijgen op regulering. Hoe succesvol ze zijn hangt ook ervan af hoe goed ze georganiseerd zijn. Olson voorspelde dat belangengroepen succesvol zouden zijn als de transactiekosten voor de groep om zich te organiseren relatief laag zijn en als de informatiekosten voor het publiek hoog zijn.¹¹ Meestal zijn de groepen (zoals de farmaceutische industrie) goed georganiseerd en hebben relatief lage transactiekosten. De informatiekosten voor het grote publiek om te ontdekken hoe gezondheidsbedreigend de producten of diensten zijn kunnen zeer hoog zijn. Hoe hoog of laag de transactiekosten zijn, hangt ook ervan af of de groepen zich lokaal of globaal, bijvoorbeeld op Europees niveau, moeten organiseren. Becker geeft aan dat wanneer er een tegenwicht bestaat voor de industriële lobby (bijvoorbeeld niet-gouvernementele organisaties of consumentengroepen die het belang van potentiële slachtoffers vertegenwoordigen) er een kans is dat er concurrentie tussen verschillende belangengroepen zal ontstaan, waardoor een resultaat kan worden bereikt dat uiteindelijk toch het algemeen belang kan dienen.¹² Wel bestaat het gevaar dat potentiële slachtoffers onvoldoende geïnformeerd zijn om de lobby door de industrie effectief tegen te gaan. Als gevolg daarvan bestaat het risico dat de publieke regelgever vanwege de sterkere invloed van de industriële belangen, niet tot beslissingen komt in het algemene belang. Het gevolg kan zijn dat veiligheidsregulering te lang wordt uitgesteld of dat de normen die worden vastgesteld niet streng genoeg zijn.

Er is een overschot aan empirisch bewijs dat ook bedrijven die gezondheidsbedreigende producten of diensten aanbieden op effectieve wijze lobbyen, waardoor effectieve regulering vaak achterwege bleef. Maloney en McCormick hebben aangetoond dat dat wat de milieuregulering betreft bedrijven vaak met de overheid samenwerken om

¹¹ M. Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1965.

¹² G.S. Becker, ‘A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence’, *Quarterly Journal of Economics* (89) 1983, p. 371.

veiligheidsregulering tot stand te brengen, maar vervolgens een zogenaamde ‘*grandfather clause*’ wordt ingevoerd. Dat komt erop neer dat de nieuwe (strengere) veiligheidsregulering niet op de bestaande industrie wordt toegepast, maar alleen op nieuwkomers op de markt. Op die wijze wordt veiligheidsregulering gebruikt om *de facto* de markttoegang te beperken. Op het terrein van de asbestregulering is door Ruers op overtuigende wijze aangetoond dat de industrie jarenlang overheidsregulering inzake asbest heeft weten tegen te houden.¹³

Het risico dat bedrijven die gezondheidsbedreigende producten of diensten aanbieden effectief proberen te lobbyen is derhalve groot. Daarbij mag ook niet uit het oog worden verloren dat dergelijke bedrijven vaak veel werkplekken creëren en dus met het argument kunnen schermen dat te strenge overheidsregulering de werkgelegenheid in gevaar zou kunnen brengen. Voor regelgevers telt dit vaak als een belangrijk argument.

Er zijn een aantal remedies die kunnen worden toegepast om ervoor te zorgen dat de belangen van de regelgever beter afgestemd zijn op het algemeen belang. Zo is er in de literatuur voorgesteld om de bevoegdheden om regulering uit te vaardigen bij verschillende afdelingen van de overheid te leggen.¹⁴ Ook bredere mogelijkheden van beroep tegen bepaalde administratieve rechtshandelingen waarbij veiligheidsregulering wordt vastgesteld zou het risico op beïnvloeding van de regelgever door belangengroepen kunnen reduceren. Een andere mogelijkheid zou zijn om aan derden de kans te bieden om (bijvoorbeeld via een bestuurlijke procedure) vastgestelde regulering aan te vechten en hen ook het recht te geven om handhavende instanties expliciet te verzoeken bij specifieke actoren inspectiebezoeken uit te voeren. Hoewel dergelijke maatregelen de effectiviteit van veiligheidsregulering kunnen verhogen, kan *capture* niet onder alle omstandigheden worden vermeden. Alle maatregelen die *capture* tegenwerken brengen natuurlijk ook eigen kosten met zich mee.

Het resultaat van deze overwegingen is dat *ex ante* veiligheidsregulering voor gezondheidsbedreigende producten of diensten niet altijd in het algemeen belang tot stand komt op de wijze die was voorgeschreven door Shavell’s criteria die in de vorige paragraaf werden besproken. Effectieve veiligheidsregulering kan soms geheel achterwege blijven, het niveau van de regulering kan te laag zijn of effectieve handhaving kan uitblijven. Al deze overwegingen brengen dus mee dat hoewel idealiter gezondheidsbedreigende producten en diensten via regulering zouden moeten worden gecontroleerd, dit *de facto* niet altijd het geval is. Ze zijn dan *de jure* soms ‘legaal’ (bijvoorbeeld omdat geen veiligheidsvoorschrift wordt overschreden) maar kunnen nog steeds een sub-optimale hoeveelheid gezondheidsschade tot stand brengen. Dat roept dan de vraag op naar de mogelijke aanvullende werking van het aansprakelijkheidsrecht. Dat betekent echter niet dat aansprakelijkheidsregels niet het voorwerp van lobbyen door belangengroepen zouden kunnen vormen. Soms zal een lobbygroep lobbyen tegen een risicoaansprakelijkheid of voor de invoering van een limitering op de

¹³ R.F. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

¹⁴ Zie F. Cafaggi en H.-W. Micklitz, ‘Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: The Way Forward’, in: F. Cafaggi en H.-W. Micklitz (red.), *New Frontiers of Consumer Protection – The Interplay Between Private and Public Enforcement*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 406: ‘In theory the use of public agencies to monitor and directly sanction would seem to be more effective than separating administrative monitoring from judicial enforcement. But especially in relation to cooperative enforcement, when the enforcer has to conclude agreements with the infringer, the resort to an independent judiciary may ensure transparency and reduce capture. Thus the higher the use of cooperative enforcement, the more necessary it is to resort to separation between monitoring and enforcement.’

schadevergoeding. Ook bij de invoering van aansprakelijkheidsregels dient het risico van lobbyen door belangengroepen derhalve voor ogen te worden gehouden.

4. De mogelijke rol van het aansprakelijkheidsrecht bij legale producten en diensten

4.1 Inleiding

In de voorgaande paragrafen is aandacht besteed aan de mogelijkheden en problemen van regulering als instrument om de uitdagingen van legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten het hoofd te bieden. Hier is gebleken dat regulering alleen onvoldoende in staat is wenselijke gedragsprikkel te bewerkstelligen. In de onderhavige paragraaf bespreken we vanuit rechtseconomische optiek de mogelijke toegevoegde waarde van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Hierbij besteden we, na een beknopte uitleg van de rechtseconomische benadering van aansprakelijkheid (4.2), achtereenvolgens aandacht aan het verschil in prikkelwerking tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid en de relevantie die dat heeft voor het onderwerp van deze bundel (4.3), de vraag of het wel of juist niet voldoet aan de regulering tot de conclusie moet leiden dat er geen of juist wel aansprakelijkheid moet volgen (4.4) en de vraag of inzichten betreffende aansprakelijkheid bij rechtmatige overheidsdaad relevant kunnen zijn voor het onderhavige onderwerp, nu het ook daar situaties betreft waarbij aansprakelijkheid bij rechtmatig gedrag kan bestaan (4.5).

4.2 Aansprakelijkheid vanuit economisch perspectief: preventie en spreiding van schade

Waar veel juristen compensatie van geleden schade als belangrijk(st) doel van het aansprakelijkheidsrecht zien, daar zien rechtseconomen schadevergoeding vooral als middel om de doelen van *preventie* en *schadespreiding* mee na te streven.¹⁵ Zoals in de inleiding tot paragraaf 2 reeds werd aangehaald, is het aansprakelijkheidsrecht een instrument dat kan worden ingezet om negatieve externe effecten te internaliseren. Aansprakelijkheid prikkelt een actor immers om voorzorgsmaatregelen te treffen die minder kosten dan ze opleveren in de zin van een daling van de verwachte schade, en dat is maatschappelijk gezien wenselijk. Dit is, in een notendop, de preventieve werking van aansprakelijkheid.

Naast deze preventieve functie kan aansprakelijkheid ook bijdragen aan schadespreiding, met name als de aansprakelijke verzekerd is tegen aansprakelijkheid of als de aansprakelijke zelf de schade kan spreiden. Denk hierbij aan de onderneming die de kosten van aansprakelijkheid kan omslaan in de prijs van product of dienst, zodat deze wordt gespreid over de afnemers. Schadespreiding is wenselijk vanwege het fenomeen van *afnemend grensnut van geld*. Dit houdt in dat de extra hoeveelheid nut die een extra euro levert, steeds minder wordt naarmate iemand meer geld heeft. De eerste euro's worden immers uitgegeven aan de eerste

¹⁵ Zie bijvoorbeeld G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, 5e editie, New Haven, Connecticut: Yale University Press 1977 p. 24 e.v.; D.G. Owen, 'Deterrence and Desert in Tort: A Comment', *California Law Review* (73) 1985, p. 666; R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6e editie, New York, New York: Aspen Publishers 2003, p. 192.

levensbehoeften en zijn dus veel waard. Naarmate iemand meer geld heeft, wordt dit aan steeds minder belangrijke behoeften besteed en levert het steeds minder extra nut op. Dit impliceert dat een schade van een bepaalde omvang die door één persoon wordt gedragen, meer nut kost dan een even grote schade die over meer personen wordt gespreid. Naarmate de schade per persoon kleiner wordt, gaat het namelijk alleen maar ten koste van de minder belangrijke behoeften. Schadespreiding draagt dus ook bij aan de maatschappelijke welvaart en aansprakelijkheid speelt hier een rol in.¹⁶

Ook wat betreft gezondheidsbedreigende producten of diensten kan het aansprakelijkheidsrecht in beginsel deze preventieve werking vervullen. De simpele rechtseconomische gedachte daarbij is dat aansprakelijkheid het voordeel heeft dat het de verwachte schade bij de actor legt die het risico creëert waardoor de laatste automatisch een prikkel krijgt om de schade ook te internaliseren. Nogmaals, dat betekent niet (zoals uiteengezet in het begin van paragraaf 2) dat de actor daardoor de activiteit in het geheel dient te beëindigen of alle schade koste wat het kost dient te voorkomen. Wel zal het aansprakelijkheidsrecht de actor ertoe prikkelen een optimaal activiteitsniveau en een optimaal zorgniveau te betrachten. De wijze waarop dat gebeurt, verschilt echter tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid.

4.3 Schuld- of risicoaansprakelijkheid?

Bij het onderwerp van deze bundel is de vraag of schuld- dan wel risicoaansprakelijkheid een beter regime is, zeer relevant. Op het eerste gezicht zou men kunnen denken dat schuldaansprakelijkheid ongeschikt is, omdat het gaat om legale producten die desondanks toch schade kunnen veroorzaken. Het is dan immers de vraag of er wel sprake kan zijn van een onrechtmatige daad, want daarvoor is toch inbreuk op een recht, strijd met een wettelijke plicht of strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid vereist. In deze paragraaf zullen wij betogen dat het enkele feit dat een activiteit legaal is, niet betekent dat schuldaansprakelijkheid geen rol zou kunnen spelen. Hiertoe zullen wij eerst uiteenzetten hoe rechtseconomen schuld- en risicoaansprakelijkheid definiëren, om vervolgens nader in te gaan op de relevante verschillen tussen beide regimes.¹⁷

Zoals we in paragraaf 4.2 hebben uitgelegd, bestuderen rechtseconomen het aansprakelijkheidsrecht als een systeem waarmee wenselijke gedragsprikkelers worden gegeven. Het gaat hierbij om prikkels om een wenselijk activiteitsniveau te kiezen, maar ook een wenselijk zorgniveau. Hoe meer zorg een actor neemt bij het uitoefenen van zijn activiteit, hoe lager de verwachte schade zal zijn, maar een hoger zorgniveau brengt natuurlijk wel meer zorgkosten met zich mee. Zolang de extra kosten van extra zorg lager zijn dan de daardoor veroorzaakte daling in de verwachte schade, is het wenselijk dat die extra zorg wordt genomen. Zodra die extra zorgkosten echter hoger worden dan de daling in de verwachte schade, is extra

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Calabresi 1977; S.P. Croley en J.D. Hanson, 'The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law', *Harvard Law Review* (108) 1995, p. 1822.

¹⁷ Zie uitgebreider S. Shavell, 'Strict liability versus negligence', *Journal of Legal Studies* (9) 1980, p. 1-25; L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 136 e.v.; H.-B. Schäfer en F. Langer-Müller, 'Strict liability versus negligence', in: M. Faure (red.), *Tort Law and Economics. Volume 1 Encyclopedia of Law and Economics. Second Edition*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 3-46.

zorg niet meer wenselijk. Het omslagpunt vormt het optimale zorgniveau. De kunst bestaat er dus in om zodanige prikkels aan individuen te geven dat zij hun gedrag aanpassen aan hetgeen maatschappelijk wenselijk is.

Het essentiële verschil tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid in de rechtseconomische benadering is het volgende: bij schuldaansprakelijkheid wordt er een bepaald niveau van zorg als 'vereiste zorg' vastgesteld. Als de laedens dit of een hoger zorgniveau hanteert, dan is hij niet aansprakelijk. Als hij een lager zorgniveau hanteert, dan is hij wel aansprakelijk. Idealiter komt het rechtens vereiste zorgniveau overeen met het optimale zorgniveau, omdat actoren dan geprikkeld worden een maatschappelijk wenselijke afweging te maken tussen de kosten en baten van zorg. Dit betekent dus dat bij een regime van schuldaansprakelijkheid het veroorzaken van schade niet impliceert dat er onrechtmatig is gehandeld. Immers, het vereiste zorgniveau wordt gevonden door een afweging te maken tussen de kosten en baten van voorzorgsmaatregelen, maar bij dit zorgniveau wordt niet alle schade vermeden. Bij optimale zorg ontstaat, met andere woorden, een optimale hoeveelheid schade. Verdere reductie van de verwachte schade is te duur en wordt niet van de laedens verlangd. Zo zouden bijvoorbeeld alle verkeersdoden en -zwaargewonden vermeden kunnen worden door een maximumsnelheid van 5 km/u in te voeren en te handhaven. Deze voorzorgsmaatregel wordt echter te duur bevonden. Het enkele feit dat er bij een verkeersongeval een fataal slachtoffer te betreuren is, impliceert echter nog niet dat er sprake moet zijn van een onrechtmatige daad van een van de betrokkenen. Immers, ook bij het rechtens vereiste gedrag is er nog steeds een kans op (fatale) ongevallen. Als schuldaansprakelijkheid de laedens tot optimale zorg heeft aangezet maar er ontstaat toch schade, dan moet de gelaedeerde die schade dus zelf dragen, hetgeen in een vraag naar schadeverzekeringen kan resulteren. In paragraaf 5 gaan wij nader in op de rol van verzekeringen. De zorgstandaard die van de potentiële laedens wordt verwacht wordt, in het kader van de schuldaansprakelijkheid, door de rechter vastgesteld.

Er kunnen bij de vaststelling van het vereiste zorgniveau fouten worden gemaakt (bijvoorbeeld vanwege informatieproblemen) waardoor het vereiste zorgniveau afwijkt van het optimale zorgniveau. Bij risicoaansprakelijkheid wordt er geen vereist zorgniveau gehanteerd en is de laedens aansprakelijk voor de veroorzaakte schade, ongeacht zijn zorgniveau. Dit impliceert dat bij risicoaansprakelijkheid de laedens zelf bepaalt hoeveel zorg hij neemt, terwijl bij schuldaansprakelijkheid de wetgever (strijd met wettelijke plicht) of de rechter (strijd met maatschappelijke zorgvuldigheid) bepaalt hoeveel zorg moet worden genomen. Dit aspect is belangrijk bij het eerste verschilpunt tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid in de onderstaande opsomming van verschillen.

- *Informatie over kosten en baten van zorg*: idealiter prikkelt aansprakelijkheid tot het nemen van optimale zorg. Naarmate de informatie die degene die de afweging tussen de kosten en baten van zorg maakt, beter is, zal het resulterende gedrag wenselijker zijn.¹⁸ Als de wetgever betere informatie heeft dan rechter en laedens, dan is strijd met een wettelijke plicht de beste keus. Als de rechter de beste informatie heeft, dan is schuldaansprakelijkheid het beste. En als de laedens het beste de kosten en baten van zorg kan afwegen, dan is

¹⁸ W.M. Landes en R.A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1987, p. 65 e.v.; S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press 2004, p. 18 en 188.

risicoaansprakelijkheid wenselijk. De afweging tussen kosten en baten van zorg moet dus gemaakt worden door degene die desbetreffend over de beste informatie beschikt.¹⁹ Mocht dit resulteren in risicoaansprakelijkheid, dan is wel een eigenschuldverweer nodig om de gelaedeerde eveneens te prikkelen tot het nemen van zorg.

- *Activiteitsniveau*: het is wenselijk dat een activiteit alleen wordt uitgevoerd als deze meer voordelen dan nadelen oplevert. Als een actor niet alle kosten van de activiteit draagt, zal hij een te hoog activiteitsniveau hanteren. Voor de laedens betekent dit dat hij alleen het optimale activiteitsniveau kiest bij risicoaansprakelijkheid, want bij schuldaansprakelijkheid draagt hij alleen de kosten van het nemen van de vereiste zorg, waarna de eventuele schade bij de gelaedeerde blijft liggen. De gelaedeerde daarentegen zal bij risicoaansprakelijkheid een te hoog activiteitsniveau kiezen, omdat de schade door de laedens wordt gedragen. Het is niet mogelijk om met het aansprakelijkheidsrecht zowel laedens als gelaedeerde tot een optimaal activiteitsniveau te prikkelen.²⁰
- *Dimensies van zorg*: juridische normen kunnen alleen gedragsprikkel geven in de dimensies die waarneembaar en controleerbaar zijn. Risicoaansprakelijkheid daarentegen verstrekt de laedens prikkels om optimale zorg te nemen in alle dimensies die hij kent, ongeacht of ze waarneembaar zijn of niet. Immers, als schade intreedt, is de laedens aansprakelijk ongeacht zijn zorgniveau.
- *Insolventie*: risicoaansprakelijkheid leidt sneller tot een negatieve invloed op de preventieve prikkels dan schuldaansprakelijkheid. De reden is dat bij risicoaansprakelijkheid die negatieve invloed reeds ontstaat zodra de totale schadeomvang hoger is dan het vermogen van de laedens, hetgeen allicht al relatief snel het geval zal zijn. Bij schuldaansprakelijkheid daarentegen blijft de laedens efficiënte zorg betrachten zolang de kosten voor het uitoefenen van efficiënte zorg later zijn dan zijn vermogen. Het gevolg van het naleven van de rechtens vereiste zorg zal immers zijn dat de laedens dan van aansprakelijkheid wordt bevrijd.²¹ Dit alles hoeft overigens geen argument tegen risicoaansprakelijkheid te zijn, maar wel een argument om het insolventieprobleem op andere wijze aan te pakken, bijvoorbeeld door op de actor een plicht te leggen garanties te bieden voor zijn solvabiliteit, bijvoorbeeld via een verplichte aansprakelijkheidsverzekering.
- *Schadespreiding*: hierboven werd al uitgelegd dat schadespreiding wenselijk is. Bij risicoaansprakelijkheid draagt de laedens de schade, bij schuldaansprakelijkheid de gelaedeerde. Afhankelijk van wie de schade het beste kan spreiden, geeft dit een voorkeur voor de ene of de andere regel.

¹⁹ Zoals werd aangegeven in paragraaf 2 is dat ook een belangrijk criterium om te beslissen of externaliteiten beter door het aansprakelijkheidsrecht dan door regulering worden geïnternaliseerd. Als er regulering is uitgevaardigd maar deze wordt overtreden, dan vormt 'strijd met een wettelijke plicht' de onrechtmatigheidsgrondslag.

²⁰ Zie bijvoorbeeld Shavell 1980, p. 2; Landes en Posner 1987, p. 61; Posner 2003, p. 177, 178; Shavell 2004, p. 193.

²¹ Dit verschil tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid verdwijnt als bij de eerste regel een causaal verband wordt vereist tussen de onrechtmatigheid van de gedraging en de schade, zoals werd betoogd door M. Kahan, 'Causation and Incentives to Take Care Under the Negligence Rule', *Journal of Legal Studies* (18) 1989, p. 427-447. Zie hierover H.O. Kerkmeester en L.T. Visscher, 'Causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade: een nieuw pleidooi voor de leer Demogue-Besier', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* (99) 1999, p. 835-840; L.T. Visscher, 'Wrongfulness as a Necessary Cause of the Losses - Removing an Alleged Difference between Strict Liability and Negligence', *Economic Analysis of Law Review* (2) 2011, p. 194 e.v.

- *Systeemkosten*: schuldaansprakelijkheid is complexer omdat onrechtmatigheid en toerekenbaarheid moeten worden vastgesteld. Risicoaansprakelijkheid kan daarentegen tot meer zaken leiden omdat gelaedeerden geen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid hoeven te bewijzen. In het algemeen verwachten rechtseconomen dat risicoaansprakelijkheid in lagere systeemkosten resulteert, omdat de uitkomst van een geschil beter voorspelbaar is, hetgeen in meer (goedkopere) schikkingen resulteert.²²

Bovenstaande opsomming resulteert onzes inziens in een voorkeur voor risicoaansprakelijkheid bij gezondheidsbedreigende producten of diensten. Een duidelijk voordeel van risicoaansprakelijkheid is immers dat er geen normschending vereist is. Daardoor kan er ook bij schade die ontstaat bij rechtmatig handelen, wel degelijk aansprakelijkheid zijn. De vraag of producten of diensten al dan niet legaal zijn, verliest daarmee relevantie. Bijkomend voordeel van risicoaansprakelijkheid in het kader van deze bundel is, dat de laedens vaak betere spreidingsmogelijkheden heeft dan de gelaedeerde, omdat het een aanbieder van producten en diensten betreft. De schade kan dus worden omgeslagen over alle afnemers. Voor zover de laedens, als professionele aanbieder van de betreffende producten en diensten, ook betere informatie heeft dan de rechter en de wetgever, wordt risicoaansprakelijkheid nog wenselijker. Hierbij is het in paragraaf 2 gemaakte onderscheid tussen het midden- en kleinbedrijf enerzijds en grote multinationals anderzijds relevant. Deze voorkeur voor risicoaansprakelijkheid geldt nog sterker als er ook onzichtbare en oncontroleerbare dimensies van zorg een rol spelen, hetgeen bij diensten vaak zo kan zijn. En de lagere systeemkosten pleiten eveneens in het voordeel van risicoaansprakelijkheid.

Wel moet er bij risicoaansprakelijkheid een eigenschuldverweer mogelijk zijn, om ook de gelaedeerde zorgprikkels te geven. Immers, bij het gebruiken van een product of het afnemen van een dienst is het wenselijk dat ook de gelaedeerde voorzorgsmaatregelen treft die minder kosten dan ze opleveren. Er kan hier zelfs een informatievoorsprong aan de zijde van de gelaedeerde bestaan, die bepaalde eigenschappen van zichzelf kent die hem hadden moeten weerhouden van het gebruik van de betreffende producten of diensten. Iemand die een zwakke rug heeft, zou bijvoorbeeld na een bungeejump niet de aanbieder van die dienst moeten kunnen aanspreken voor schade als gevolg van (verergerde) rugklachten. In dit geval was de gelaedeerde duidelijk de *cheapest cost avoider*, door simpelweg geen bungeejump te maken. Ook zou een verweer van risicoaanvaarding mogelijk moeten zijn, ongeacht of dit een zelfstandig verweer is of een vorm van eigen schuld. Zo gaat het onzes inziens niet aan als rokers tabaksfabrikanten aansprakelijk zouden kunnen stellen voor de gevaren van roken die al algemeen bekend waren toen de betreffende persoon begon met roken. Mochten er echter gevaren zijn die de fabrikant wel kende maar die nog niet algemeen bekend waren, dan is aansprakelijkheid voor zulke gevaren wel op zijn plaats, zowel vanwege de resulterende spreiding als vanwege de preventieve werking. Er kan in zulke gevallen ook niet gezegd worden dat de gelaedeerde die gevaren op de koop toe nam.

Dit bovenstaande pleidooi voor risicoaansprakelijkheid wil echter niet zeggen dat er geen rol voor schuldaansprakelijkheid zou kunnen bestaan. Die rol hangt echter sterk samen met het

²² Calabresi 1977, p. 28; Shavell 2004, p. 282, 283; J.M. Barendrecht e.a., *Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend? Opties om de transactiekosten van het aansprakelijkheidsrecht te verlagen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 68.

onderwerp van de volgende paragraaf, waar we nader ingaan op de onderlinge verhouding tussen aansprakelijkheid en regulering. Daarom bespreken we de mogelijke rol van schuldaansprakelijkheid daar.

4.4 Aansprakelijkheid en regulering

4.4.1 Onderlinge verhouding tussen beide systemen

Hierboven is in paragraaf 2 reeds aan de orde gekomen dat negatieve externe effecten zowel via regulering als via aansprakelijkheid kunnen worden aangepakt. Als de wetgever betere informatie heeft dan de laedens of de gelaedeerde, dan is het wenselijk dat deze informatie in regulering wordt vervat, om zo actoren tot wenselijk gedrag te prikkelen. Ook bij schaalvoordelen aan de zijde van de wetgever kan regulering een goede rol vervullen. De handhaving van die regulering kan publiek gebeuren (via vergunningen, boetes, aanwijzingen et cetera), maar ook privaats via het aansprakelijkheidsrecht. Als de regulering op een juiste manier de kosten en baten van zorg heeft afgewogen, dan geeft schuldaansprakelijkheid in de vorm van ‘strijd met een wettelijke plicht’ de juiste prikkels aan de laedens. Voor aansprakelijkheid is dan natuurlijk wel overtreding van die regulering vereist en dan is er geen sprake meer van ‘legale activiteiten’. In dat geval is sprake van een interessante wisselwerking: het slachtoffer gebruikt de (schending van) regulering ter ondersteuning van zijn aansprakelijkheidsvordering en wordt daarmee ook de (private) handhaver van de regulering. Op die manier vindt een optimale mix tussen aansprakelijkheid en regulering plaats.²³

Het is echter ook zeer wel mogelijk dat de wetgever de kosten en baten van zorg *niet* op een juiste manier heeft afgewogen, bijvoorbeeld omdat belangengroepen de regulering hebben beïnvloed, omdat de regulering geen rekening houdt met specifieke omstandigheden van het geval die tot een andere afweging nopen, of omdat de regulering inmiddels is ingehaald door maatschappelijke ontwikkelingen. Als het activiteiten betreft die niet onder een regime van risicoaansprakelijkheid vallen, dan kan schuldaansprakelijkheid in de vorm van ‘strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid’ een wenselijke rol vervullen. Het is dan immers de rechter, die minder bevattelijk is voor belangengroepen, die een norm formuleert die op de omstandigheden van het geval is toegespitst. Op die manier kan rekening worden gehouden met factoren die de wetgever niet of anders heeft meegewogen. In al deze gevallen kan de situatie zich dus voordoen dat de laedens heeft gehandeld overeenkomstig de eisen die regulering aan hem stelt, maar dat de rechter hem op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid toch aansprakelijk houdt. Dat zijn dus voorbeelden van schuldaansprakelijkheid voor legale producten of diensten. Ook in dat geval is weer sprake van een wisselwerking tussen aansprakelijkheidsrecht en regulering.²⁴ Het interessante is dat daardoor aan de industrie een belangrijk signaal wordt geboden: het volstaat niet om uitsluitend (zwakke en/of verouderde)

²³ Waarover meer in paragraaf 6.

²⁴ Zie C.D. Kolstad, T.S. Ulen en G. V. Johnson, ‘Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?’, *American Economic Review* (80) 1990, p. 888–901; P. Burrows, ‘Combining Regulation and Legal Liability for the Control of External Costs’, *International Review of Law and Economics* (19) 1999, p. 227–244.

overheidsregulering na te leven; in het kader van de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht dienen actoren ook in overeenstemming met de maatschappelijke zorgvuldigheid te handelen. Een recent voorbeeld is de aansprakelijkheidszaak die door slachtoffers en nabestaanden van de schietpartij van 1 oktober 2017 in Las Vegas is ingesteld tegen de fabrikanten van *bump stocks*. Dat zijn - legale - apparaten waarmee semi-automatische wapens als een (niet-toegestaan) automatisch wapen kunnen worden gebruikt. De fabrikanten wordt nalatigheid verweten. Het is zeer wel mogelijk dat de regulering die *bump stocks* toestaat onder invloed van de machtige wapenlobby te lage eisen stelde en aansprakelijkheid zou hier een zinnige rol kunnen vervullen.

In deze zin vormt de prikkelwerking van het aansprakelijkheidsrecht dus een belangrijk correctief voor het relatief statisch karakter van regulering en voor de mogelijke effecten van lobbyen op overheidsregulering: aansprakelijkheidsrecht is meer flexibel en kan derhalve op dynamische wijze de vereiste zorgstandaard aanpassen, ook rekening houdend met bijvoorbeeld technologische ontwikkelingen. Maar tegelijk kan de blootstelling aan aansprakelijkheid ook de effectiviteit van de lobby tegengaan. Weer is dus sprake van een interessante (wellicht zelfs ‘smart’) mix tussen aansprakelijkheidsrecht en regulering. Het aansprakelijkheidsrecht kan derhalve een remedie bieden tegen lobbyen.

In de onderlinge verhouding tussen aansprakelijkheid en regulering is de vraag relevant of het voldoen aan de eisen uit regulering automatisch tot het oordeel moet leiden dat er geen aansprakelijkheid is, en andersom of het *niet* voldoen aan die eisen automatisch tot aansprakelijkheid moet leiden. De eerste vraag is hierboven al beantwoord: als iemand zich overeenkomstig de regulering gedraagt, maar de regulering stelt te lage eisen (bijvoorbeeld onder invloed van belangengroepen), is niet toegespitst op de omstandigheden van het geval of is achterhaald, dan moet het voldoen aan de regulering geen verweer vormen in een onrechtmatigedaadsactie. Het is dan aan de rechter om opnieuw de kosten en baten van zorg af te wegen en tot een eigen oordeel te komen, dat kan afwijken van het oordeel van de wetgever. De regulering vormt als het ware een minimumeis voor de gemiddelde situatie, maar als de situatie afwijkt of de minimumnorm te laag ligt, dan kan er toch aansprakelijkheid op grond van maatschappelijke onzorgvuldigheid ontstaan.²⁵

De vraag welke effecten het *niet* gehoorzamen aan regulering heeft, is vanuit rechtseconomisch perspectief complexer. Uitgangspunt zou dienen te zijn (en zo is het ook geformuleerd door Shavell) dat deze niet-naleving niet per definitie zou moeten meebrengen dat er *wel* aansprakelijkheid zou moeten zijn. De zorgkosten voor *deze* laedens in *deze* omstandigheden kunnen hoger zijn dan waar de wetgever van uitging, of de baten van zorg juist lager. De afweging van de wetgever is dan niet voldoende toegespitst op deze situatie zodat aansprakelijkheid niet opportuun is. Een andere overweging is echter dat de informatiekosten voor de rechter om vast te stellen of optimale zorg is nageleefd vaak buitengewoon hoog kunnen zijn. Voor de rechter biedt regulering ook een houvast, evenals voor slachtoffers die daardoor een prikkel krijgen om niet-naleving van de regulering aan te tonen. In veel rechtssystemen ziet men dan ook dat het niet-naleven van regulering toch vaak (in sommige gevallen automatisch)

²⁵ Zie ook S. Rose-Ackerman, ‘Regulation and the Law of Tort’, *American Economic Review, Papers and Proceedings* (81) 1991, p. 54–58.

tot aansprakelijkheid zal leiden. Nadeel daarvan is uiteraard dat het niet altijd duidelijk is of in het individuele geval voor die bepaalde laedens de zorgkosten al dan niet te hoog waren; voordeel is wel dat het de informatiekosten voor de rechter verlaagt en daarmee ook de systeemkosten in zijn geheel.

4.4.2 Het insolventierisico

Een ander aspect dat een ‘smart mix’ tussen aansprakelijkheid en regulering rechtvaardigt, is het insolventierisico. In de rechtseconomische literatuur wordt een schadeveroorzaker die niet in staat is de schadeloosstelling te betalen als ‘*judgment proof*’ gekwalificeerd omdat hij niet beïnvloed wordt door een veroordelend vonnis dat hij de facto (door insolventie) toch niet zal kunnen uitvoeren. Het probleem van private handhaving is dat dit zijn grenzen bereikt in geval van insolventie van de laedens.²⁶ Wanneer een dergelijk insolventierisico bestaat, zouden verbods- of gebodsacties meer effectief kunnen zijn. In dat geval zou aan de laedens een verbod worden opgelegd om een bepaald gezondheidsbedreigend product nog langer te verkopen. De afschrikwekkende werking daarvan kan potentieel hoog zijn.²⁷ Bij gezondheidsbedreigende producten en diensten is, het werd reeds eerder vermeld, het insolventierisico reëel, ook al omdat dergelijke risico’s ook door het midden- en kleinbedrijf kunnen worden gegenereerd. Er kan in specifieke gevallen ook sprake zijn van massaschade, waarbij het risico op een insolventie alleen maar toeneemt.²⁸ In paragraaf 2 werd reeds aangegeven dat insolventie één van de criteria is die Shavell naar voren schuift in het voordeel van publieke veiligheidsregulering. *Ex ante* regulering heeft het voordeel dat actoren aan specifieke voorwaarden zullen moeten voldoen voordat zij überhaupt een activiteit kunnen uitoefenen of een product kunnen aanbieden.²⁹ Wanneer de voorwaarden van de publieke veiligheidsregulering door de actor worden nageleefd, zullen er geen publieke sancties worden opgelegd. Publieke handhaving is dus veel minder gevoelig voor het insolventierisico. Daarnaast heeft publieke handhaving ook het voordeel dat het een aantal specifieke sancties kent, zoals bijvoorbeeld de mogelijkheid om een vergunning in te trekken, die buitengewoon afschrikwekkend kunnen zijn.³⁰

Naast het gebruik van veiligheidsregulering en het aansprakelijkheidsrecht zijn er nog andere instrumenten die in het kader van de zoektocht naar een smart mix kunnen worden ingezet. In bepaalde gevallen kan een beroep op het strafrecht ook aangewezen zijn. Het voordeel van het

²⁶ Shavell 2004, p. 473. Een insolvente laedens kan niet worden afgeschrikt door zuiver monetaire sancties. Het is daarom dat in de praktijk verzekering en andere garantiesystemen vaak tussenkomen. Shavell geeft aan dat in het contractenrecht het insolventierisico minder belangrijk is aangezien contractspartijen dit vooraf beter kunnen inschatten (p. 586).

²⁷ Zie M.G. Faure, A.I. Ogus en N.J. Philipsen, ‘Curbing Consumer Financial Losses: The Economics of Regulatory Enforcement’, *Law & Policy* (31) 2009, p. 176; A.I. Ogus en L.T. Visscher, ‘A Law and Economics Perspective on Injunctive Relief’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (17) 2010, p. 32.

²⁸ De potentiële insolventie is uiteraard een belangrijk argument ten gunste van verplichte solvabiliteitsgaranties, zoals verzekering. Zie inter alia P. Jost, ‘Limited Liability and the Requirement to Purchase Insurance’, *International Review of Law and Economics* (16) 1996, p. 259 and M.G. Faure, ‘Economic Criteria for Compulsory Insurance’, *The Geneva Papers on Risk and Insurance* (31) 2006, p. 149.

²⁹ Zie Shavell 1984, p. 361.

³⁰ Faure, Ogus en Philipsen 2009, p. 178 leggen uit hoe bestuurlijke sancties zoals een intrekking van een vergunning mogelijkwerwijs een groter afschrikwekkend effect hebben dan een gevangenisstraf.

strafrecht is dat er meer en andere sancties beschikbaar zijn dan bij private handhaving en dat ook een niet-monetaire sanctie, meer bepaald de vrijheidsstraf, kan worden toegepast. Het grote voordeel daarvan is dat deze straf nog steeds een afschrikkende werking kan hebben, ook bij een potentieel insolvente laedens.³¹ De literatuur heeft erop gewezen dat een vrijheidsstraf juist als afschrikmiddel van belang kan zijn wanneer de pakkans laag is en het risico van insolventie hoog.³² Onder die specifieke voorwaarden kan alleen het strafrecht afschrikking bieden.

4.4.3 Private handhaving

Een belangrijk probleem bij de private handhaving is de problematiek van de zogenaamde rationele apathie. Vele slachtoffers dienen nooit een vordering in omdat de omvang van de door hen geleden schade relatief beperkt kan zijn. We gaven reeds aan dat wanneer er daadwerkelijk gezondheidsschade optreedt dit probleem wellicht minder ernstig is, maar dan nog kunnen er andere problemen rijzen met private handhaving. Vooral wanneer er sprake is van een wijdverbreide schade (strooischade of massaschade) kan het zogenaamde vrijbuitersprobleem (free riding) spelen. In sommige gevallen zal het slachtoffer gewoon afwachten of een ander aan de procedure gaat beginnen om uiteindelijk (bij positief resultaat) mee van het vonnis te profiteren.³³ Het probleem is dat er, in de woorden van Shavell, een groot verschil bestaat tussen de private en maatschappelijke wenselijkheid van het uitbrengen van een vordering. De private prikkels kunnen gering zijn (juist omdat de schade klein is), terwijl de totale maatschappelijke schade groot is en dus ook het belang bij het uitbrengen van een vordering. Wanneer de private handhaving achterwege blijft omdat de schade per individueel slachtoffer relatief beperkt is, zou een collectieve actie mogelijk een remedie kunnen zijn.³⁴ Een effectief georganiseerde collectieve regeling kan het vrijbuitersprobleem oplossen. Het leidt normalerwijze ook tot een reductie van kosten voor elke deelnemer in vergelijking met individuele procedures. Daardoor kan ook de rationele apathie worden gereduceerd. Maar nogmaals: deze problematiek (onder meer van de strooischade en de vrijbuitersproblemen) speelt vermoedelijk meer bij (relatief kleine) consumentenclaims dan wanneer werkelijk sprake is van gezondheidsschade. Uiteraard kan ook publieke handhaving wederom een oplossing zijn. De kern blijft dat een laedens (of het nu via private of publieke handhaving is) ervan uit dient te gaan dat hij wordt blootgesteld aan de gevolgen van zijn acties. Alleen dan zal er ook een preventief effect ontstaan dat optimale prikkels tot investeren in zorg genereert.

³¹ Zie R. Bowles, M. Faure en N. Garoupa, 'The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications', *Journal of Law and Society* (35) 2008, p. 402; S. Shavell, 'Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent', *Columbia Law Review* (85) 1985, p. 1247; Shavell 2004, p. 544.

³² Zie Bowles, Faure en Garoupa 2008, p. 405.

³³ Zie Landes en Posner 1975, p. 29.

³⁴ Zie daarover verder bij M.G. Faure en L.T. Visscher, 'Een rechtseconomische visie op collectieve actie', in: *Collectieve acties, Preadviezen 2015*, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Paris 2015, p. 7-64.

4.4.4 Systeemkosten

Een belangrijk aspect in de afweging is, zoals ook reeds aangestipt in paragraaf 2, de kostprijs van aansprakelijkheid versus regulering. Aansprakelijkheid heeft als voordeel dat de kosten van een procedure alleen rijzen wanneer er daadwerkelijk wordt gedagvaard. Bij regulering zijn er daarentegen constante administratieve kosten, niet alleen van de normstelling, maar ook van de handhaving. Vooral wanneer toezichthouders ook de plicht hebben om *ex ante* controles uit te voeren (dat wil zeggen proactief, zonder op klachten over vermeende wetsschendingen te wachten) zullen de relatieve kosten hoog zijn. Een mogelijkheid om de kosten van publieke handhaving te reduceren bestaat erin de verantwoordelijkheid ten dele op de marktdeelnemers zelf te plaatsen. Dit kan meebrengen dat zij bijvoorbeeld zelf bedrijfsinterne zorgsystemen dienen in te stellen die gericht zijn op het garanderen van de naleving van de regelgeving. In dat scenario wijzigt de rol van de toezichthouder. Deze beperkt er zich dan toe het door het bedrijf ingestelde zorgsysteem te controleren, of om te reageren wanneer zich toch nog klachten zouden voordoen.

4.4.5 Conclusie

Deze overwegingen leiden uiteindelijk tot een gemengd beeld en tot de onvermijdelijke conclusie dat private en publieke handhaving gecombineerd dienen te worden. Regelgevers blijven betere informatie hebben en van dat informatievoordeel dient ook gebruik te worden gemaakt. Maar de *public choice* problemen vermeld in paragraaf 3 brengen mee dat ook garanties moeten worden ingevoerd dat de regelgever en toezichthouders daadwerkelijk in het algemeen belang optreden. Maar die maatregelen op zich verhogen ook weer de administratieve kosten van de regelgeving. Juist daarom kan een aanvullende werking van privaatrechtelijke handhaving geïndiceerd zijn. Het voordeel daarvan is, zoals in paragraaf 4 reeds werd aangestipt, dat een laedens dan ook aansprakelijk zou kunnen worden gehouden wanneer ten gevolge van lobbying de publiekrechtelijke regelgeving niet goed functioneert.

Hierbij bestaat een voorkeur voor risicoaansprakelijkheid, maar schuldaansprakelijkheid kan wel degelijk een rol vervullen in situaties waarin regulering belangrijke voordelen heeft, maar de door de wetgever opgestelde norm niet goed van toepassing is op de concrete omstandigheden van het geval. De rechter kan dan op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid een eigen afweging tussen de kosten en baten van zorg maken.

Tenslotte kan ook nog worden gewezen op het mogelijk gebruik van zelfregulering. In de rechtseconomische literatuur is erop gewezen dat zelfregulering het voordeel heeft dat bedrijven vaak betere informatie hebben dan de overheid.³⁵ Natuurlijk brengt zelfregulering ook altijd het risico van *capture* mee. Door sommigen wordt zelfregulering zelfs ‘the ultimate form of regulatory capture’ genoemd omdat het uiteindelijk de industrie zelf is die dan de normen dicteert waaraan zij zich gaat houden.³⁶ Zelfregulering kan dus nooit alleen staan. Het

³⁵ Inter alia A.I. Ogus, ‘Rethinking Self-Regulation’, *Oxford Journal of Legal Studies* (15) 1995, p. 97.

³⁶ Zie F.H. Stephen en J.H. Love, ‘Regulation of the Legal Profession’, in: B. Bouckaert en G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics, vol III: The Regulation of Contracts*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 990.

dient te worden gecombineerd met toezicht teneinde goede prikkels voor de naleving van de (zelf) regulering te garanderen.³⁷

4.5 Inzichten uit de economische analyse van rechtmatige overheidsdaad

4.5.1 Wat zegt de literatuur?

Inzichten uit de rechtseconomische literatuur betreffende onrechtmatige overheidsdaad zijn onzes inziens relevant voor deze bundel, omdat het hier ook gaat om situaties waarbij, ondanks rechtmatig handelen, soms toch compensatie moet worden betaald. De vraag in die literatuur is steeds onder welke omstandigheden overheidsregulering zodanig ingrijpt in de (eigendoms)rechten van individuen dat compensatie geëigend is.³⁸ Burgers hebben volgens deze literatuur twee manieren om schade als gevolg van regulering te beperken: (1) eigendom weghalen zodat het niet door de regulering wordt beïnvloed ('exit') en (2) proberen de regulering tegen te houden of in te laten trekken ('voice'), zodat in het proces van regulering rekening wordt gehouden met de mogelijke schade. In situaties waarin exit en voice niet realistisch zijn, is schadevergoeding op haar plaats. Exit is vooral moeilijk in situaties waarin de benadeelde niet weg 'kan', bijvoorbeeld door grote verzonken kosten.

Als regulering meer voordelen dan nadelen heeft, is die regulering op zich maatschappelijk wenselijk. Burgers zouden echter, uit angst voor toekomstige ongecompenseerde schade als gevolg van regulering, minder kunnen gaan investeren in wenselijke activiteiten, hetgeen onwenselijk is. Volgens de literatuur moet er schadevergoeding worden betaald als de voordelen van regulering plus de nadelen van het niet-gecompenseerd krijgen van de schade, bij elkaar groter zijn dan de kosten van het wel compenseren van de schade.³⁹ Als de totale nadelen van de regulering echter groter zijn dan de voordelen, dan moet de regulering helemaal niet doorgaan.

Een mogelijk probleem dat ontstaat doordat de overheid bij sommige rechtmatige gedragingen wel en bij andere rechtmatige gedragingen geen compensatie moet betalen, is dat die twee soorten gedragingen soms alternatieve manieren vormen om eenzelfde doel te bereiken. De overheid zou dan voor de manier kunnen kiezen waarbij geen compensatie hoeft te worden betaald, terwijl de totale maatschappelijke kosten bij het alternatief lager kunnen zijn.⁴⁰

Fischel geeft in zijn analyse een *benchmark* in de vorm van de 'normal behaviour' standaard. In gevallen waarin regulering het iemand onmogelijk maakt om gedrag te vertonen dat tekortschiet bij die standaard van normaal gedrag, is geen compensatie vereist, maar bij regulering die iemand verplicht gedrag te vertonen dat boven die standaard uitgaat, is compensatie wel op haar plaats. Het voordeel van zo'n benadering is dat er geen compensatie

³⁷ Zie J.C. Miller III, 'The FTC and Voluntary Standards: Maximizing the Net Benefits of Self-Regulation', *Cato Journal* (4) 1985, p. 903.

³⁸ W.A. Fischel, *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1995, p. 1; N. Rickman, 'Regulatory Takings', *Oxford Journal of Legal Studies* (17) 1997, p. 666.

³⁹ Rickman 1997, p. 669

⁴⁰ W.A. Fischel, 'Takings and Public Choice: The Persuasion of Price', in: C.K. Rowley en F. Schneider (red.) *The Encyclopedia of Public Choice*, Boston, Massachusetts: Springer 2002, p. 877.

vereist is in situaties waarin de regulering geen maatschappelijk onwenselijke gevolgen heeft, hetgeen op systeemkosten bespaart.⁴¹

4.5.2 Wat betekent dit voor legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten?

Toegepast op het onderwerp van deze bundel levert de literatuur over rechtmatige overheidsdaad de volgende gezichtspunten op:

- Als de benadeelde zijn activiteit niet eenvoudig kan aanpassen en zich dus niet aan de schade als gevolg van de legale activiteit kan onttrekken, dan is er eerder ruimte voor schadevergoeding (er is geen ‘exit’);
- Als de benadeelde het schadetoebrengende gedrag niet kan beïnvloeden, is er eerder ruimte voor schadevergoeding (er is geen ‘voice’);
- Als de activiteit meer voordelen dan nadelen heeft en dit netto-voordeel groter is dan hetzij de ‘frustratiekosten’ van het niet-vergoed krijgen van de schade, hetzij de kosten van het vergoeden van de schade, dan mag de activiteit doorgang vinden. In de andere gevallen zou de activiteit juist niet moeten plaatsvinden, zodat het predicaat ‘legale activiteit’ vanuit economische optiek discutabel is. De door een legale activiteit veroorzaakte schade moet vergoed worden als de optelsom van de netto-voordelen en de frustratiekosten groter is dan de kosten van het moeten vergoeden van de schade. In de andere gevallen is het vergoeden van de schade op zichzelf beschouwd te kostbaar en moet achterwege blijven;
- Als de schade veroorzaakt door legale activiteiten niet vergoed wordt, dan draagt die activiteit niet alle kosten en wordt deze wellicht te vaak gekozen in plaats van een alternatief dat maatschappelijk gezien beter was, maar voor de actor duurder is omdat hij de kosten bij dat alternatief wel draagt. Dit kan een onwenselijk substitutie-effect in de richting van de schadeveroorzakende activiteit bewerkstelligen, waardoor deze activiteit vaker dan maatschappelijk wenselijk is, wordt uitgeoefend. Of dit inderdaad het geval is, hangt mede af van de vraag of de relevante regulering al tot voldoende internalisering van het externe effect heeft gezorgd;
- Als regulering en/of aansprakelijkheid de juiste gedragsprikkel aan de actoren verstrekken, dan resulteert het vergoeden van de toch ontstane schade alleen maar in systeemkosten, zonder dat daar nog wenselijke verdere prikkels uit voortvloeien. Het is vanuit economische optiek beter om zulke schade dus niet te vergoeden, omdat dit alleen een verschuiving van reeds ontstane schade betreft. Dit houdt dus in dat schade als gevolg van legale activiteiten alleen vergoed zou moeten worden, als dit nodig is voor de prikkelwerking. Bij een norm van risicoaansprakelijkheid zou dit dus kunnen inhouden dat schade die niet is ontstaan door ‘sub-optimaal gedrag’ niet vergoed zou hoeven worden. Hierbij moet echter de resulterende besparing in de systeemkosten worden afgewogen tegen argumenten van schadespreiding en het inperken van het activiteitsniveau van de laedens. Deze factoren kwamen in de vergelijking van schuld- en risicoaansprakelijkheid ook voor. Op het aspect van schadespreiding gaan we in paragraaf 5 uitgebreider in.

⁴¹ T.J. Miceli en K. Segerson, ‘Regulatory Takings’, *University of Connecticut Department of Economics Working Paper Series* 2011-16, p.12.

4.6 Aansprakelijkheid en de prikkels tot innovatie

Een aspect waar *Shavell* in zijn algemene beschouwingen geen aandacht aan besteedt, is dat het van belang is dat aansprakelijkheidsregels ook prikkels bieden tot innovatie. Dat is vooral van belang bij producten met bekende gezondheidsrisico's die door aanvullend onderzoek gereduceerd kunnen worden, maar kan ook een rol spelen bij onbekende gezondheidsrisico's. De maatschappelijke welvaart kan verhoogd worden wanneer de negatieve externaliteiten die voortkomen uit producten of diensten op termijn gereduceerd kunnen worden. De mate waarin aansprakelijkheidsregels prikkels bieden om onderzoek te doen naar (vooral onbekende) risico's en ter zake te innoveren, is derhalve ook een belangrijk criterium bij de vraag of aansprakelijkheid dan wel regulering het meest aangewezen instrument is.

Als het aansprakelijkheidsrecht producenten van aansprakelijkheid bevrijdt zodra deze aan de bestaande veiligheidsregulering voldoen of het rechtens vereiste zorgniveau naleven, dan hebben deze producenten geen prikkel om aanvullend onderzoek naar veiligheidsrisico's te doen. Dergelijke prikkels tot innovatie kunnen wel degelijk geboden worden wanneer enige aansprakelijkheid voor deze negatieve externe effecten op de producenten wordt gelegd.

Wanneer een nieuw product op de markt wordt gebracht is het denkbaar dat de daaraan verbonden gezondheidsrisico's niet volledig bekend zijn, ook al omdat onderzoek waarin die lange termijneffecten worden geanalyseerd nog niet beschikbaar is. Aansprakelijkheid, ook voor onbekende risico's, kan de potentiële laedens prikkels geven om meer onderzoek te doen, teneinde na te gaan of er meer risico's zijn dan thans bekend is.⁴² Een aansprakelijkheid voor onbekende risico's kan de zogenaamde 'state of the art' op technologisch vlak dus verder brengen, op voorwaarde dat de potentiële laedens ook daadwerkelijk in staat is om dat onderzoek te doen (of anderen kan inhuren om dat namens hem uit te voeren).⁴³ Finsinger en Simon schrijven in dit verband naar aanleiding van hun analyse van het ontwikkelingsrisicoverweer in het kader van productaansprakelijkheid: 'History teaches that it are the firms who first collect hints, and then acquire evidence of such risks. (...) Producers first learn about development risks.'⁴⁴

Wat betreft de prikkelwerking dient wederom een onderscheid te worden gemaakt tussen risicoaansprakelijkheid en schuldaansprakelijkheid:

Onder risicoaansprakelijkheid brengt het doen van aanvullend onderzoek twee voordelen mee voor de potentiële laedens:

1. Als het onderzoek uitwijst dat de activiteit minder gevaarlijk is dan voorheen gedacht, kan nu met een lager zorgniveau worden volstaan. De verwachte waarde van dit voordeel

⁴² Zie vooral S. Shavell, 'Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk', *Journal of legal Studies* (21) 1992, p. 259-270.

⁴³ H.-B. Schäfer en C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin: Springer 2012, p. 240.

⁴⁴ J. Finsinger en J. Simon, 'An Economic Assessment of the EC Product Liability Directive and the Product Liability Law of the Federal Republic of Germany', in: M. Faure en R. Van den Bergh (red.), *Essays in Law and Economics. Corporations, Accident Prevention and Compensation for Losses*, Antwerpen: Maklu 1989, p. 196.

bestaat dus uit de kans dat de activiteit minder gevaarlijk blijkt te zijn, vermenigvuldigd met de besparing in zorgkosten doordat nu minder zorg genomen wordt;

2. Als het onderzoek uitwijst dat de activiteit gevaarlijker is dan voorheen gedacht, zal de actor meer zorg nemen. Hierdoor dalen de totale ongevalskosten (bestaande uit de zorgkosten plus de verwachte schade), omdat er bij het oude (te lage) zorgniveau teveel schade ontstond. De verwachte waarde van dit voordeel bestaat dus uit de kans dat de activiteit gevaarlijker blijkt te zijn, vermenigvuldigd met de daling in de totale ongevalskosten als gevolg van het hogere zorgniveau.

Wanneer die twee voordelen tezamen hoger zijn dan de kosten van onderzoek, zal de betreffende producent het onderzoek ook daadwerkelijk uitvoeren. Dat is ook een maatschappelijk wenselijk gevolg. Bij risicoaansprakelijkheid is er immers geen verschil tussen de private voordelen en de maatschappelijke voordelen, want de potentiële laedens draagt alle kosten, maar geniet ook alle voordelen van aanvullend onderzoek. Onder risicoaansprakelijkheid zijn de private en maatschappelijke voordelen van zorg derhalve gelijk waardoor de potentiële laedens de maatschappelijk wenselijke beslissing inzake aanvullend onderzoek neemt. Hij voert derhalve alleen aanvullend onderzoek uit wanneer zulks maatschappelijk wenselijk is.

Onder schuldaansprakelijkheid kan daarentegen wel een probleem rijzen: als een potentiële laedens alleen (schuld)aansprakelijk is als hij minder zorg neemt dan optimaal is, *gegeven de informatie die hij heeft*, dan krijgt hij onvoldoende prikkels om te innoveren. Wanneer hij op basis van nieuwe informatie vaststelt dat de activiteit minder gevaarlijk is dan hij eerst dacht, dan zal hij zijn zorgniveau verlagen en dat is maatschappelijk wenselijk (net zoals onder risicoaansprakelijkheid).. Echter, als hij zou ontdekken dat zijn activiteit juist gevaarlijker is dan hij eerst had gedacht, zal hij zijn zorgniveau dienen te verhogen. Dat is *maatschappelijk* gezien wel wenselijk omdat de afname in verwachte ongevalskosten hoger is dan de toename in zorgkosten, maar het leidt tot een stijging in de *private* zorgkosten die de laedens had kunnen voorkomen door geen extra onderzoek te doen. Daaruit volgt dat de private voordelen van informatie lager zijn dan de maatschappelijke voordelen daarvan. Er kunnen dus situaties zijn waar de maatschappelijke voordelen van informatie hoger zijn dan de informatiekosten, maar de private voordelen niet. In dergelijke omstandigheden krijgt een potentiële laedens dus onvoldoende prikkels om het aangewezen aanvullend onderzoek uit te voeren. Dit probleem doet zich niet voor als niet wordt gekeken naar wat de laedens *wist*, maar naar wat hij *behoorde* te weten. Met andere woorden, schuldaansprakelijkheid moet zo worden ingevuld dat een actor alleen aansprakelijk is als hij minder zorg neemt dan optimaal is, *gegeven een optimale informatieverzameling*. Dan zijn de private en maatschappelijke kosten namelijk weer aan elkaar gelijk.

Als het naleven van veiligheidsregulering aansprakelijkheid blokkeert, dan ontstaat hetzelfde prikkelprobleem als bij schuldaansprakelijkheid waar alleen gekeken wordt naar wat de laedens wist, en niet naar wat hij behoorde te weten. Hier is derhalve sprake van een situatie waar goed vormgegeven aansprakelijkheid een nuttige rol kan vervullen ter aanvulling van veiligheidsregulering. Om de situatie te vermijden dat producenten die zelf aanvullend onderzoek uitvoeren hun eigen aansprakelijkheid creëren als zij plots vaststellen dat hun

producten of diensten toch gevaarlijker zijn dan oorspronkelijk werd gedacht (hetgeen de prikkels tot het uitvoeren van aanvullend onderzoek zou kunnen reduceren), moet schuld aansprakelijkheid worden bepaald op grond van wat de producenten *behoorden* te weten. Dit vormt een belangrijk argument ten voordele van het zogenaamde ontwikkelingsrisico-verweer. Dat verweer vermijdt dat producenten hetzij geen onderzoek uitvoeren, hetzij dat ze de resultaten van onderzoek niet openbaar maken.⁴⁵ Immers, als de onderzoekskosten om eventuele onbekende risico's te achterhalen hoger zijn dan de hierboven beschreven voordelen als gevolg van het aanpassen van het zorgniveau aan die nieuwe informatie, dan hoeft de potentiële laedens het betreffende gevaar niet te kennen. Het uitsluiten van aansprakelijkheid voor zulke ontwikkelingsrisico's brengt de private kosten en baten van onderzoek meer in overeenstemming met de maatschappelijke kosten en baten.

Een 'smart' aansprakelijkheidssysteem dient uiteraard, in combinatie met veiligheidsregulering juist efficiënte prikkels voor het uitvoeren van verder onderzoek te genereren. Een van de mogelijkheden voor een smart mix in dat verband is dat een producent informatie over nieuwe risico's zou kunnen genereren en die vervolgens met de publieke toezichthouder zou kunnen delen op voorwaarde van een (gedeeltelijke) immuniteit.

5. Verzekering-risicospreiding

5.1 Belang

De vraag naar het belang van verzekering, compensatie en risicospreiding hangt samen met de centrale vraag van dit hoofdstuk: waarom zou er überhaupt een belang zijn bij aansprakelijkheid voor legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten vanuit rechtseconomisch perspectief? Bij de bespreking van de public interest benadering werd reeds aangegeven dat twee doelstellingen onderscheiden kunnen worden: in de eerste plaats het bieden van prikkels om gedrag te beïnvloeden en, wanneer dat aangewezen is (zie paragraaf 4.4) ook het bieden van prikkels om verder te gaan dan waartoe de regulering verplicht en dus additionele prikkels tot preventie te bieden. Echter, in paragraaf 4.2 werd eveneens aangegeven dat een doel van een blootstelling aan aansprakelijkheid niet alleen preventie is, maar dat schadespreiding ook de maatschappelijke welvaart kan verhogen. Zeker wanneer individuen beperkte middelen hebben en de schade die zou ontstaan hoger is dan hun eigen vermogen zouden zij een afkeer van risico kunnen hebben waardoor een vraag naar risicospreiding ontstaat. Verzekering is een techniek die kan worden ingezet om risicospreiding te bewerkstelligen.⁴⁶ Overigens kan die risicospreiding ook door andere technieken dan verzekering worden gerealiseerd.⁴⁷

⁴⁵ Zie voor een economische fundering van het ontwikkelingsrisico-verweer L.T. Visscher en H.O. Kerkmeester, 'Kenbaarheidsvereiste en gewoonte als verwerpen tegen een aansprakelijkheidsactie: een rechtseconomische benadering', *Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* (10), p. 48-57.

⁴⁶ Zie daarover K. Borch, 'The utility concept applied to the theory of insurance', *The Astin Bulletin* (1) 1961, p. 251 en S. Shavell, *Economic analysis of accident law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1987, p. 190.

⁴⁷ Voor een bespreking van enkele van die andere technieken zie M.G. Faure, 'Alternative compensation mechanisms as remedies for uninsurability of liability', *The Geneva Paper on Risk and Insurance* (29) 2004, p. 455-489.

Echter, de vraag wie en waarom een vraag heeft naar verzekering of andere vormen van risicospreiding en welke weerslag dat heeft hangt erg af van de verschillende aansprakelijkheidsconstellaties zoals die in paragraaf 4 werden geschetst. Paragraaf 4 maakte inderdaad duidelijk dat een aantal verschillende hypothesen kunnen worden onderscheiden.

5.2 Verschillende hypothesen

Shavell heeft uitgebreid aandacht besteed aan de relatie tussen verschillende aansprakelijkheidsstelsels en de daaraan gerelateerde vraag naar verzekering.⁴⁸ Gerelateerd aan dit thema kunnen de volgende hypothesen worden onderscheiden:

1. De eerste mogelijkheid is dat er een legaal gebruik is van bepaalde gezondheidsbedreigende producten en diensten, maar dat conform hetgeen hierboven in paragraaf 4.3 werd aangestipt een risicoaansprakelijkheid zou worden toegepast. Wanneer er een afkeer van risico bestaat bij de potentiële laedens zou dat tot een vraag naar aansprakelijkheidsverzekering bij de laedens leiden. Of deze een afkeer van risico heeft is onzeker. Er is door sommige economen beweerd dat bedrijven per definitie risiconeutraal zijn, niet alleen omdat ze doorgaans genoeg vermogen bezitten, maar omdat ze hun risico ook kunnen controleren via het ondernemingsrecht en meer bepaald via de beperking van aansprakelijkheid. Echter, als die assumptie correct zou zijn, zouden er weinig bedrijven zijn die een aansprakelijkheidsverzekering nemen, terwijl in de realiteit het tegenovergestelde kan worden vastgesteld.⁴⁹ In de praktijk zal, ook bij bedrijven, juist voor een zeer hoge verwachte schade toch een vraag naar verzekering ontstaan. Daarom ziet men in de praktijk dan ook vaak dat bedrijven een zeer hoog eigen risico nemen en alleen voor de heel hoge schades (waarvoor ook zij een afkeer van risico hebben) verzekeringsdekking zoeken.

In beginsel dekt de risicoaansprakelijkheid van de laedens (eventueel gecombineerd met diens aansprakelijkheidsverzekering) de schade van het potentiële slachtoffer. Onder deze eerste hypothese is er dus geen vraag naar verzekering bij het slachtoffer. Ook wanneer het slachtoffer een afkeer van risico heeft (hetgeen heel waarschijnlijk is) is er nog geen vraag naar verzekering omdat de verwachte schade van het slachtoffer gedekt zal worden door de risicoaansprakelijkheid waaraan de laedens is blootgesteld. Om diens insolventierisico te dekken zou de risicoaansprakelijkheid ook gecombineerd kunnen worden met een verplichte verzekering.⁵⁰

In deze eerste hypothese heeft de risicospreiding die door verzekering tot stand komt ook geen invloed, althans geen negatieve, op de prikkels tot zorg. Het is het klassieke verhaal: aansprakelijkheidsverzekering zal een moreel risico bij de potentiële laedens creëren. Echter, precies om dat moreel risico te controleren zal de verzekeraar een zodanige controle uitoefenen

⁴⁸ S. Shavell, 'On liability and insurance', *Bell Journal of Economics* (13) 1982, p. 120-132.

⁴⁹ Uiteraard zijn er nog andere redenen dan risicoaversie om verzekering te nemen. Een belangrijk ander argument is dat verzekering ook transactiekosten verlaagt. Zie daarover G. Skogh, 'The transaction costs theory of insurance: contracting impediments and costs', *The Journal of Risk and Insurance* (56) 1989, p. 726-732.

⁵⁰ Zie daarover Faure 2006, p. 149-168.

dat de premie wordt aangepast aan het risico. Ook zal het risico tussen de verzekeraar en de potentiële laedens worden gedeeld bijvoorbeeld door de potentiële laedens als verzekerde ook gedeeltelijk aan risico bloot te stellen (via een eigen risico en een dekkingslimiet). Wanneer aan deze voorwaarde is voldaan zal, ten gevolge van de controle van het moreel risico door de verzekeraar, de laedens zich gedragen alsof geen verzekeringsdekking aanwezig was.⁵¹ Belangrijk is uiteraard wel dat dit alles alleen geldt wanneer de verzekeraar ook in staat is om het moreel risico effectief te controleren en wanneer de verzekeraar dat in de praktijk ook doet. Een probleem bij gezondheidsbedreigende risico's is dat het soms om nieuwe en onbekende risico's kan gaan waarbij de noodzakelijke informatie om aan risicodifferentiatie te doen bij de verzekeraars soms ontbreekt. Ook is soms sprake van een te kleine markt of van een te nauwe relatie tussen de enkele verzekeraars die het risico dekken. Die factoren zouden alle kunnen meebrengen dat de controle van het moreel risico in de praktijk niet plaatsvindt op de wijze waarop het op papier zou moeten gebeuren.⁵²

2. Een tweede hypothese is wederom dat er een legaal gebruik van bepaalde producten of diensten wordt gemaakt, maar dat geen risico-, maar een schuldaansprakelijkheid wordt toegepast. Volgens het klassieke model van Shavell⁵³ zal in die hypothese de potentiële laedens alle prikkels hebben om de rechtens vereiste zorg correct toe te passen. Voor de potentiële laedens is dat immers een manier om aansprakelijkheid te vermijden. In die hypothese heeft een (zelfs risicoaverse) laedens geen vraag naar verzekering, gewoon omdat hij niet aan aansprakelijkheid zal worden bloot gesteld. Uiteraard is dat een tamelijk hypothetische situatie. Ook Shavell heeft aangegeven dat er in de praktijk, ook onder schuldaansprakelijkheid, natuurlijk aansprakelijkheidszaken kunnen zijn. De redenen zijn eenvoudig: zowel rechters als laedentes kunnen zich vergissen ten aanzien van het rechtens vereiste optimale zorgniveau; rechters kunnen het door de laedens daadwerkelijk uitgeoefende zorgniveau verkeerd inschatten (en dus de laedens ten onrechte toch aansprakelijk stellen) en laedentes kunnen door een veelheid aan redenen (zoals verstrooidheid, onvolledige informatie, etc.) in de praktijk het rechtens vereiste betamelijke zorgniveau toch niet toepassen. Dat zou kunnen meebrengen dat een laedens ook onder schuldaansprakelijkheid toch een vraag naar aansprakelijkheidsverzekering zou hebben en in dat geval geldt hetgeen reeds werd vermeld onder de eerste hypothese. Hoe dan ook, voor zover een risico-averse gelaedeerde niet kan rekenen op vergoeding via het aansprakelijkheidsrecht, zal hij een vraag naar verzekering hebben. In dat geval gaat het echter niet om een aansprakelijkheidsverzekering, maar uiteraard om een zogenaamde *first party* verzekering. In de literatuur is aangegeven dat juist bij een *first party* verzekering de verzekeraar goed in staat is om het risico aan te passen aan het individuele risico van de verzekerde.⁵⁴ Daaruit volgt dat de potentiële laedens prikkels blijft houden via de

⁵¹ Zie daarover verder bij S. Shavell, 'On moral hazard and insurance', *Quarterly Journal of Economics* (93) 1979, p. 541.562.

⁵² Zie over het effect van een te geringe mededinging om de verzekeringsmarkt op het moreel risico M. Faure en R. Van den Bergh, 'Competition on the European Market for Liability Insurance and Efficient Accident Law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (9) 2002, p. 279-306.

⁵³ Shavell 1980, p. 1-25.

⁵⁴ G. Priest, 'The current insurance crisis and modern tort law', *Yale Law Journal* (96) 1987, p. 1521-1590 en G. Priest, 'The government, the market and the problem of catastrophic loss', *Journal of Risk and Uncertainty* (12) 1996, p. 219-237.

schuldaansprakelijkheid zoals geschetst in paragraaf 4. Het potentiële slachtoffer neemt een first party verzekering en diens prikkels worden gecontroleerd via de controle van het moreel risico door de verzekeraar.

3. De derde hypothese is die waarbij er gebruik is van legale maar gezondheidsbedreigende producten of diensten, maar het rechtssysteem, anders dan wij suggereerden in paragraaf 4.4, van mening zou zijn dat naleving van de regulering bevrijdend werkt ten aanzien van de aansprakelijkheid, waardoor de dader niet langer aansprakelijk wordt gehouden. Een zorgvuldige dader kan niet aansprakelijk worden gehouden en heeft dan (uiteraard) geen vraag naar aansprakelijkheidsverzekering. Omdat er geen aansprakelijkheid is kan het slachtoffer uit dien hoofde dus niet op vergoeding rekenen. Bij afkeer van risico zal het slachtoffer een vraag naar first party verzekering hebben. Diens prikkels worden gecontroleerd via de controle van het moreel risico door de verzekeraar.

5.3 Een fonds?

Een laatste hypothese waar nog kort over nagedacht zou kunnen worden is die waarbij aansprakelijkheid en verzekering als systemen van preventie en risicospreiding in het geheel niet in beeld komen. Dat zou de hypothese kunnen zijn bijvoorbeeld waarbij er sprake is van schade die zijn oorsprong heeft in een ver verleden, of de hypothese waarbij de dader inmiddels insolvent of onvindbaar is. Ook problemen van causaliteitsonzekerheid (waarbij bijvoorbeeld niet kan worden nagegaan wie nu precies dader of slachtoffer is) zouden een correcte toepassing van aansprakelijkheid en verzekering kunnen bemoeilijken. Het zou in die hypothese mogelijk zijn dat sprake was van een legaal gebruik van bepaalde producten of diensten in het verleden, maar dat desondanks schade is ontstaan en dat (door een veelheid aan omstandigheden) inmiddels blootstelling aan aansprakelijkheid van de laedens onmogelijk is geworden. Preventie en risicospreiding via de normale regels van aansprakelijkheid en verzekering is dan onmogelijk. Het is in dat soort situaties dat nogal eens wordt nagedacht over het in het leven roepen van een fonds. Er is eerder in de rechtseconomische literatuur op gewezen dat een van de problemen bij het compensatiefonds is dat men idealiter dit fonds op zodanige wijze wil vorm geven dat degenen die mede het risico hebben veroorzaakt, ook gehouden zouden worden tot financiering van het fonds. Idealiter zou dat betekenen dat ook bij het financieren van een fonds een risicodifferentiatie wordt toegepast waarbij bijvoorbeeld een heffing wordt toegepast die gerelateerd wordt aan de mate waarin bepaalde producenten bijdroegen aan het risico. Maar het lastige is dat wanneer die producenten (en de mate waarin zij aan het risico bijdroegen) geïdentificeerd kunnen worden, in beginsel ook de regels van het aansprakelijkheidsrecht kunnen worden toegepast.

In de praktijk gaat het bij de roep om fondsvorming derhalve nogal eens om gevallen waarin de werkelijke schuldigen (die aan het risico hebben bijgedragen) niet langer gevonden kunnen worden en de vraag dus rijst of de producenten die zich vandaag op de markt bevinden gehouden zouden moeten worden om de schade te vergoeden die door anderen in het verleden is gecreëerd doordat zij destijds legaal producten of diensten op de markt hebben gebracht, terwijl die toch schade hebben veroorzaakt. Het probleem daarbij is steeds dat producenten van

vandaag dan gehouden worden om bij te dragen aan een vergoeding van schade die zij niet zelf hebben veroorzaakt. Tot enige aanvullende preventieve werking kan dat dus niet leiden. En ook vanuit distributioneel perspectief is een dergelijke financiering van een fonds altijd problematisch: het leidt er immers toe dat degene die (min of meer toevallig) vandaag (nog) op de markt zijn en op zich niet aan het risico hebben bijgedragen (in de hypothese dat zij wel een hoger zorgniveau volgden dan hetgeen door de wetgeving werd vereist) gedwongen worden om op te draaien voor de fouten van collega's in het verleden. Het moge duidelijk zijn dat dit geen positief effect op de prikkelwerking kan hebben, noch op een optimale risicoallocatie. Van fondsvorming hoeft derhalve niet al te veel te worden verwacht. Een andere oplossing in dat geval is uiteraard om, bijvoorbeeld wanneer door legaal gebruik van producten en diensten toch grote gezondheidsschade zou zijn ontstaan, deze schade te vergoeden via de algemene middelen. Ook dat leidt uiteraard tot een negatieve distributie van de belastingbetaler naar de slachtoffers. Maar voor een dergelijke brede risicospreiding is dan wellicht nog meer te zeggen dan voor een financiering waarbij alleen de thans op de markt aanwezige producenten (waarvan onduidelijk is of zij aan de schade hebben bijgedragen) voor de financiering van de schade zouden moeten opdraaien. Alleen wanneer duidelijk zou zijn dat een collectiviteit van producenten (bijvoorbeeld tabaksproducenten) aan de gezondheidsbedreigende activiteiten hebben bijgedragen, zou een collectieve financiering via fondsvorming wel in de rede liggen.

6. Slot

De vraag naar aansprakelijkheid voor legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten leidt tot interessante rechtseconomische vragen. Wanneer de zogenaamde public interest benadering als uitgangspunt wordt genomen, kan worden betoogd dat deze situaties, wanneer de regelgever volledig geïnformeerd zou zijn en in het algemeen belang regelgeving uitvaardigt, in beginsel niet zouden mogen voorkomen: de criteria voor veiligheidsregulering van Shavell wijzen duidelijk op een voordeel van veiligheidsregulering waardoor de overheid ex ante het te betrachten zorgniveau bij gezondheidsbedreigende activiteiten collectief kan laten vaststellen en vervolgens in regulering neerlegt. Het lastige is echter dat om een veelheid van redenen die optimale veiligheidsregulering niet altijd tot stand komt. Soms zijn daar goede (public interest) redenen voor, bijvoorbeeld het feit dat de regelgever op het ogenblik dat regulering wordt vastgesteld, over te weinig informatie beschikte en bijvoorbeeld niet volledig op de hoogte was van mogelijke risico's die verbonden zijn aan bepaalde producten of diensten. Maar nog reëler is het gevaar dat ten gevolge van lobbyen door industriële belangengroepen, het bedrijfsbelang primeert, waardoor strenge maar noodzakelijke overheidsregulering achterwege blijft. Overigens kunnen er nog andere redenen dan lobbyen door industriële belangengroepen zijn die verklaren waarom de overheid legale maar gezondheidsbedreigende producten (zoals alcohol en tabak) toch toelaat. Een belangrijke reden kan gelegen zijn in het feit dat de overheid via belastingmaatregelen (zoals accijnzen en BTW) ook inkomsten weet te genereren uit het gebruik van deze gezondheidsschadelijke producten. Dat kan ook een reden zijn waarom deze producten 'legaal' blijven. Juist daarom is het van belang de externe effecten die dergelijke producten en diensten kunnen veroorzaken te internaliseren via de aanvullende werking van het aansprakelijkheidsrecht. Hoewel die aanvullende prikkelwerking zowel via

een schuldaansprakelijkheid als een risicoaansprakelijkheid geboden zou kunnen worden, wordt in de rechtseconomische literatuur op de grote voordelen van een risicoaansprakelijkheid gewezen, juist bij gezondheidsbedreigende producten en diensten. Het grote voordeel is dat er geen normschending vereist is waardoor aansprakelijkheid ook kan rijzen bij schade die ontstaan is door rechtmatig handelen. Of die producten en diensten dan al dan niet legaal waren, is in het kader van een risicoaansprakelijkheid niet relevant.

Juist omdat veiligheidsregulering het primaire instrument zal zijn om gezondheidsbedreigende producten en diensten te controleren heeft het aansprakelijkheidsrecht alleen een aanvullende werking. Dat roept dan ook de vraag op naar de mogelijke wisselwerking tussen beide systemen. Naleving van regulering kan nog steeds aansprakelijkheid opleveren wegens ‘strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid’, juist in het geval waarin die overheidsregulering verouderd was of om andere redenen niet optimaal. De rechter kan dus, op basis van de concrete omstandigheden van het geval, een eigen afweging maken tussen de kosten en baten van zorg op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid.

Een aspect dat ook niet uit het oog mag worden verloren is dat aansprakelijkheidsregels zo gevormd dienen te worden dat zij ook optimale prikkels tot innovatie bieden. Een risicoaansprakelijkheid heeft het voordeel, precies omdat onder die regel de maatschappelijke kosten samenvallen met de private kosten, dat optimale prikkels worden geboden aan de producent of vermoedelijke dader om onderzoek te blijven doen naar optimale wijzen om het ongevalsrisico te reduceren.

Vanuit rechtseconomisch perspectief bestaat de functie van het aansprakelijkheidsrecht niet alleen in het bieden van aanvullende prikkels tot zorg, maar kan aansprakelijkheid ook bijdragen tot schadespreiding. Die schadespreiding kan ook via andere mechanismen, zoals verzekering, worden gerealiseerd. Zeker onder een regime van schuldaansprakelijkheid, waarbij een potentieel slachtoffer in beginsel niet via het aansprakelijkheidsrecht op vergoeding kan rekenen, zou een zogenaamde first party verzekering aan dat potentiële slachtoffer met een afkeer van risico bescherming kunnen bieden. Voor gevallen waarin systemen van aansprakelijkheid en verzekering in het geheel niet kunnen worden toegepast (zoals schade die zijn oorsprong had in een ver verleden of bij onvindbare daders) zou, wanneer legale producten en diensten toch tot gezondheidsschade aanleiding geven, ook aan fondsvorming kunnen worden gedacht. Echter, de kosten van fondsvorming zijn veelal relatief hoog terwijl, juist omdat geen bijdrage verwacht wordt van potentiële daders, er geen aanvullende voordelen zijn wat betreft de preventie. Alleen in uitzonderlijke gevallen zal schadevergoeding via fondsvorming dus uitkomst kunnen bieden.